



Roj: **STSJ GAL 4400/2015 - ECLI:ES:TSJGAL:2015:4400**

Id Cendoj: **15030340012015102860**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **05/06/2015**

Nº de Recurso: **1300/2015**

Nº de Resolución: **3124/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MANUEL CARLOS GARCIA CARBALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA**

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

**NIG:** 15030 44 4 2014 0002690

402250

**TIPO Y Nº DE RECURSO:** RECURSO SUPPLICACION 0001300 /2015 **(-FF-)**

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000539 /2014 JDO. DE LO SOCIAL nº 005 de A CORUÑA

**Recurrente/s:** Gregorio

**Abogado/a:** LISARDO NUÑEZ PARDO DE VERA

**Procurador/a:** EDUARDO PARDO COLLANTES

**Graduado/a Social:**

**Recurrido/s:** FOGASA, Leovigildo

**Abogado/a:** , OSCAR PUERTAS LEDO

**Procurador/a:**

**Graduado/a Social:**

**ILMO. SR. D. JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ**

**ILMO. SR. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

**ILMO. SR. D. MANUEL CARLOS GARCÍA CARBALLO**

En A CORUÑA, a cinco de Junio de dos mil quince.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**



En el RECURSO SUPPLICACION 0001300/2015, formalizado por EL LETRADO DON LISARDO NUÑEZ PARDO DE VERA, en nombre y representación de DON Gregorio , contra la sentencia dictada por el XDO. DO SOCIAL N. 5 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000539/2014, seguidos a instancia de DON Gregorio frente a FOGASA, y Leovigildo representado por el Letrado DON OSCAR PUERTAS LEDO., siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. MANUEL CARLOS GARCÍA CARBALLO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** : D. Gregorio presentó demanda contra FOGASA, y Leovigildo , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha seis de Octubre de dos mil catorce .

**SEGUNDO** : En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: Primero.- El demandante vino prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa demandada desde el 18 abril 2013, con la categoría profesional vendedor y con un salario mensual bruto de 1.221,17 € mensuales por todos los conceptos, en virtud de contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores estableciendo un periodo de prueba de un año. Segundo.- Con fecha 28 febrero 2014 el actor causa baja en la Seguridad Social. Tercero.- El trabajador no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa ni representante sindical. Cuarto.- Con fecha 7 de mayo de 2014 se celebró el preceptivo acto de conciliación con resultado "intentada sin efecto".

**TERCERO** : En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta en materia de despido por D. Gregorio contra la empresa David Castro Marín, absolviendo al demandado de las pretensiones deducidas en su contra.

**CUARTO** : Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por DON Gregorio formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte la empresa JOSE DAVID CASTRO MARIN.

**QUINTO** : Elevados por el Juzgado de lo Social número cinco de A Coruña de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha TRECE DE MARZO DE DOS MIL QUINCE.

**SEXTO** : Admitido a trámite el recurso se señaló el día DOS DE JUNIO DE DOS MIL QUINCE para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Con amparo procesal en el apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la parte actora interesa la nulidad de actuaciones por infracción de normas o garantías del procedimiento que producen indefensión, al haber apreciado la sentencia la caducidad de la acción de despido.

Recordemos que si bien el art. 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se refiere a la infracción de normas procesales, entre las que se encuentra el art. 217 LEC , la jurisprudencia entiende que en aquellos supuestos en los que las normas procesales determinen el fallo de la sentencia ( como ocurre en los casos de cosa juzgada, falta de legitimación y otras cuestiones atinentes al fondo del litigio, como la caducidad en las que se encontraría la vulneración de la carga de la prueba) la alegación de infracción no ha de realizarse por el cauce del apartado a) del art. 193 LJS sino por la vía del apartado c) a pesar de que éste se refiere a "normas sustantivas". Clarificada esta cuestión, dicha alegación no lleva a su rechazo, habida cuenta que tal infracción ha sido igualmente alegada por la vía del art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en relación directa con dicha nulidad, y además la argumentación contenida en dicho motivo es suficiente para resolver entendiendo que la denuncia es por el c).

**SEGUNDO** .- Con amparo procesal en el apartado b) del artículo citado, la parte actora interesa la revisión del hecho probado primero, para fijar el salario que percibía el actor en 1297,36 brutas, revisión que no se acepta porque ello deriva de los documentos citados, nóminas del actor aportadas por la demandada, en los qe consta una abonada como plus de transporte, no salarial, cuya inclusión o no en el salario no se ha discutido.

**TERCERO** .- Con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la recurrente denuncia la infracción del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores , aceptando la Sala



como ya se ha dicho, los argumentos que la parte actora desarrolla por el apartado a) e igualmente del artículo 56 del c) dada la relación entre ambos para resolver.

La Sala se encuentra con una doble dificultad para resolver: por un lado la ausencia de hechos probados suficientes en la sentencia, y por otro la ausencia también de petición de revisión de aquellos porque toda la argumentación contenida en el recurso es inasumible, porque los hechos base que en aquel se señalan como sustento del recurso, al no haberse incorporado a la redacción fáctica, son inexistentes a los efectos resolutorios. Y por ello solo cabe resolver en base al contenido de la sentencia, en la que se señala que el actor en fecha 28 de febrero de 2014, causa baja en la seguridad social.

Con esta redacción fáctica la sentencia resuelve desestimando la demanda, igualmente derivando en confusión, porque no se sabe claramente si lo hace por entender que no existe despido o porque la acción estaba caducada. Más bien parece lo primero, en tanto es la conclusión a la que llega en el único fundamento tras citar la doctrina de los despidos tácitos y la caducidad, para concluir en el supuesto despido verbal, presuntamente acaecido el 24 de marzo, pero en todo caso, ambas partes admiten y concluyen que la decisión fue sobre caducidad, caducidad que como medida excepcional limitativa de derechos ha de apreciarse con suma cautela y solo aceptarse cuando quede perfectamente acreditada.

De un examen complementario de las actuaciones, se ha de concluir que el cese del trabajador se produjo por su baja de la empresa en seguridad social por entender que no había superado el período de prueba, hecho en todo caso reconocido por la demandada tanto en su contestación a la demanda como en la impugnación del recurso. Tal situación constituye un cese, por supuesto sometido a la correspondiente revisión judicial. Es cierto y así se ha señalado en las sentencias que la impugnante cita, que el cese en período de prueba no exige formalidad alguna, es decir, ninguna clase especial de comunicación, o especificar la causa, (TS 2-4-2007). Como expresamente señala el art. 14, 2 del Estatuto de los Trabajadores, la resolución de la relación laboral podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes. Ello significa que ha de existir una manifestación no necesariamente escrita ni sometida a formalidades de quien la utilice de forma que la otra parte conozca con antelación el motivo de su cese y ello porque en todo caso aunque no se exija explicaciones, tal actuación es revisable. Y por lo tanto, la comunicación a través del llamado "whatsapp" alegada por el actor y admitida por la empresa tanto en su contestación a la demanda como en la impugnación, es válida como medio de comunicar el cese del trabajador, y en todo caso sería la fecha de inicio de computo de la caducidad, puesto que es la fecha en la que el trabajador tiene conocimiento de su cese, sea despido o no lo sea, y por ello habiendo sido alegada dicha excepción por la demandada, la carga de la prueba a ella le corresponde, y no al trabajador que cumple con identificar el medio de notificación. Y por ello no es posible aceptar la existencia de dicha excepción debiéndose estimar el recurso en tal sentido declarando la nulidad de lo actuado con reposición de las actuaciones al momento del dictado de la sentencia, para que por parte de la juez de instancia se resuelva sobre el fondo del asunto, dado que la Sala carece de datos fácticos para resolver sobre cual si fuera en instancia, que en todo caso además privaría a las partes de la posible revisión ante un Tribunal Superior.

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Gregorio, contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social número cinco de A Coruña, en juicio seguido por el recurrente contra Leovigildo Y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, la Sala la revoca y declara la nulidad de la sentencia y reponiendo las actuaciones al momento de su dictado, para que la juez de instancia, con plena libertad de criterio y haciendo uso de los medios que estime pertinentes, resuelva sobre el fondo del asunto.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Jurisdicción Social. Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo**.

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el



campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento ( **1552 0000 80 ó 35 \*\*\*\* ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.** - Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ